

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN  
SILVIA MESEGUER VELASCO  
RAFAEL PALOMINO LOZANO

(Coordinadores)

# RELIGIÓN, MATRIMONIO Y DERECHO ANTE EL SIGLO XXI

Estudios en homenaje al Profesor  
Rafael Navarro-Valls

Volumen II

DERECHO MATRIMONIAL

DERECHO CANÓNICO

OTRAS ESPECIALIDADES JURÍDICAS



*su tratamiento, aislando sus integrantes, ni siquiera invocando razones de suplencia social, que aunque en numerosos casos es necesaria, ciertamente, nunca debe poner al sujeto familia en posición marginal»*<sup>25</sup>.

Para ello, sería conveniente potenciar políticas integrales de la familia, dirigidas a ésta como grupo social, que merece total protección por parte de los poderes públicos, y no sólo políticas paliativas para determinadas situaciones o necesidades específicas. Resulta más eficaz prestar apoyo a la familia como entidad que a sus integrantes desfavorecidos. No debemos olvidar que la familia es el reino del amor y de la gratuidad, el ambiente ideal para el desarrollo personal del individuo; en la familia la persona es engendrada, acogida y estimada, es el lugar insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores esenciales para el desarrollo de la persona. Es más, la familia realiza una función social y política que los poderes públicos deben reconocer y tutelar.

Por tanto, cualquier medida encaminada a este propósito, a la familia como grupo, debe ser promovida y valorada, pues conviene no olvidar que la familia es soberana<sup>26</sup>, ella es la protagonista en este ámbito; en consecuencia, ni el Estado, ni la sociedad, ni las organizaciones internacionales pueden sustituir o suplantar la misión de la familia, sólo les corresponde, en su caso, una función subsidiaria de protección de la misma, promoviendo el respeto de sus derechos y asegurando su tutela real y efectiva.

De esta manera, no sólo se contribuirá a la protección de la familia sino, en definitiva, a la protección de la misma humanidad. Olvidar o suplantar a la familia comporta irremediamente una progresiva deshumanización de la persona y, en consecuencia, el deterioro de la misma sociedad.

<sup>25</sup> Documento *Familia y Derechos Humanos*, n. 9.

<sup>26</sup> A este respecto, vid. P. J. VILADRICH, *La familia soberana*, en «*Ius Canonicum*» 68 (1994), pp. 427-440.

## Aspectos internacionales del matrimonio; celebración y crisis

Carmen Otero García-Castrillón

Universidad Complutense

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA MATRIMONIAL.—3. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA Y RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.—4. CRISIS MATRIMONIALES: 4.1. Competencia judicial. 4.2. Derecho aplicable. 4.3. Reconocimiento de decisiones extranjeras.

### 1. Introducción

1. Como es bien sabido, el objeto del Derecho internacional privado (DIPr.) son las situaciones de tráfico jurídico externo, entendiéndose por tales aquellos supuestos en los que las relaciones que afectan a los sujetos de Derecho privado trascienden las fronteras de una comunidad de Derecho, fundamentalmente asociada a la existencia de un Estado<sup>1</sup>. Cada ordenamiento nacional responde a esta realidad facilitando respuestas normativas que, conforme a los valores dominantes que lo inspiran, pretenden ofrecer a estos sujetos la seguridad jurídica necesaria para garantizar la continuidad de sus relaciones en el espacio.

2. Cada vez son más frecuentes y numerosos los matrimonios celebrados entre personas de diferente nacionalidad en lugares diversos y los que, por las razones más variadas, trasladan sus residencias de un país a otro. Consecuentemente, las crisis matrimoniales se manifiestan también en mayor medida en un entorno transfronterizo<sup>2</sup>. Para hacer frente a estas realidades, el sistema español de DIPr. ha contado y cuenta con normas para determinar tanto la competencia de nuestras autoridades para intervenir en la celebración de matrimonios o en las situaciones de crisis matrimonial, como el régimen jurídico aplicable a cada una de estas situaciones así como, en su caso, para reconocer y dar efectos a aquellos actos jurídicos que hayan tenido lugar en el extranjero. A estas normas hay que sumar la

<sup>1</sup> En este sentido, el Derecho interregional atiende en España a esta misma realidad planteada dentro de las fronteras de nuestro país, cuya incidencia en materia matrimonial se manifiesta especialmente en el terreno del régimen económico.

<sup>2</sup> Según datos de la Comisión referidos fundamentalmente al año 2007, en la UE el 13% de los matrimonios contraídos son internacionales, produciéndose el mismo porcentaje de divorcios con elementos internacionales. En España se trata del 11% de los casos. *EPEC Impact Assessment Study on Community Instruments concerning matrimonial Property Regimes and Property of Unmarried Couples with Transnational Elements*, 2010.



5. Por otra parte, la evolución del proceso de integración europea muestra una lenta pero progresiva incidencia en el Derecho matrimonial de los Estados miembros a partir del desarrollo de la cooperación judicial civil comunitaria (hoy llamada de la UE). Así, en 1992, el Tratado de Maastricht<sup>12</sup> introdujo la cooperación (interestatal) en el ámbito de «justicia e interior» para cuestiones de interés común de los miembros que sirvieran a la consecución de los objetivos de la, entonces, nueva UE (art. K TUE). Dentro de su amplio y diverso alcance material<sup>13</sup>, se encontraba la «cooperación judicial civil»<sup>14</sup> en cuyo marco se adoptó y firmó en 1998 el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y protección de los hijos de la pareja<sup>15</sup>, que, al no recibir las ratificaciones necesarias, no llegó a entrar en vigor. Obviamente, se trataba de un instrumento que abordaba cuestiones procesales internacionales (DIPr.) que encajan bien en el concepto tradicional de cooperación judicial civil y que, además, servían al buen funcionamiento del «mercado interior», con independencia y sin perjuicio de que, al tiempo, se abordaran cuestiones relativas al Derecho de familia.

6. Cabe añadir que, para entonces, la reforma del TUE, que «comunitariza» la cooperación judicial civil en los asuntos con «repercusión transfronteriza» en tanto fuera «necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior», ya estaba en marcha, materializándose en 1997 con el Tratado de Amsterdam<sup>16</sup>. A partir de aquí, puede constatar la existencia de una verdadera competencia comunitaria (supraestatal) en este ámbito —salvaguardando la situación particular de no participación del Reino Unido e Irlanda, por una parte, y de Dinamarca, por otra<sup>17</sup>—, sin que el posterior Tratado de Niza<sup>18</sup> modificara sustancialmente

modificación se produjo por el Reglamento 160/2009, DO (2009) L 55, equipara al cónyuge la pareja no casada a efectos de la seguridad social, permisos y complementos familiares —siempre que la pareja cumpla unos requisitos— y establece expresamente la prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo y orientación sexual; el artículo 3.2 de la Directiva 2004/38, *vid.* nota núm. 8, establece el reconocimiento del derecho a entrar y residir a la pareja con la que el ciudadano de la UE tiene una unión registrada conforme a la ley de un Estado miembro o mantiene una relación estable.

<sup>12</sup> Firmado el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Se trataba de una de las materias incardinadas en el llamado «Tercer Pilar».

<sup>13</sup> Visados, asilo, inmigración, toxicomanía, cooperación aduanera, policial, penal y civil.

<sup>14</sup> El concepto de cooperación judicial civil en la UE comprende: la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el auxilio o asistencia judicial internacional, la determinación del Derecho aplicable y la armonización y/o unificación del Derecho material civil (art. 65 TCE Niza; art. 81 TFUE).

<sup>15</sup> Adoptado el 28 de mayo de 1998, fue publicado, junto con el informe explicativo de la relatora, Alegría Borrás, en el DO (1998) C 221.

<sup>16</sup> Firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

<sup>17</sup> Protocolos 4 (21 en TL) para el Reino Unido e Irlanda y 5 (22 en TL) para Dinamarca respectivamente. Mientras en el primer caso se salvaguarda la posibilidad de incorporarse (*opting in*), en el segundo esta posibilidad no existe.

<sup>18</sup> Firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

la situación<sup>19</sup>. Así, partiendo de la necesidad de un instrumento equivalente para el funcionamiento del «mercado interior», el texto del fallido Convenio sobre crisis matrimoniales se adaptó al formato de las fuentes comunitarias adoptándose como un Reglamento, el RB II. No obstante, y a pesar de que este instrumento aborda las crisis matrimoniales y su incidencia en las relaciones parentales<sup>20</sup>, el Derecho de familia *per se* —esto es, al margen de incidencia en el «mercado interior»— sin ser excluido de la potencial actuación comunitaria, quedaba sometido a un régimen especial que requiere unanimidad para producir normas salvo que, también por unanimidad, se acordara aplicar el procedimiento ordinario (mayoría) respecto de alguna iniciativa (sistema «pasarela»). El Tratado de Lisboa (TL)<sup>21</sup> no ha pretendido introducir cambios sustanciales a esta situación y, sin embargo, dificulta aún más si cabe la adopción de normas comunitarias en materia «específicamente» de familia (sin incidencia en el «mercado interior»), tanto por la introducción de algunos elementos en la redacción del nuevo articulado como, fundamentalmente, por reconocer un derecho de veto a los Parlamentos nacionales durante los seis meses posteriores a la presentación de las iniciativas tendentes a aceptar la adopción de normas por mayoría<sup>22</sup>.

7. Al mismo tiempo, no puede dejarse de notar que el reconocimiento de la libre circulación de personas, que, junto a la cooperación judicial civil, tuvo sus inicios en la acción interestatal, se introdujo en el ámbito de actuación supraestatal de la UE con la «comunitarización» del acervo Schengen<sup>23</sup> en el Tratado de Amsterdam; y su defensa se proclama desde entonces como uno de los objetivos del TUE, siempre directamente vinculado a la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores (art. 3 TUE) cuya reglamentación, como se ha indicado, sólo podía ser adoptada «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior» (art. 65 TCE Amsterdam/Niza). Lógicamente, con el fin de fijar los límites de la actuación material comunitaria en el ámbito de la cooperación judicial civil, este requisito generó no pocos debates en torno al (o los) conceptos de «mercado interior» manejados en el Derecho

<sup>19</sup> Artículos 61.c), 65 y 67 TCE.

<sup>20</sup> El fundamento jurídico de este instrumento se encuentra en los artículos 61.1.c) y 67.1 TCE Niza.

<sup>21</sup> Firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

<sup>22</sup> Así, la redacción del actual artículo 81.3 del TFUE introduce la referencia a la «repercusión transfronteriza» para que las instituciones comunitarias puedan actuar en determinados «aspectos» del Derecho de familia, lo que no deja de plantear problemas destacados por A. BORRÁS, «Derecho de familia y sucesiones: la expansión comunitaria», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago de Compostela, De Conflitu Legum, 2009, pp. 74-77: entre estos problemas destacan las dudas sobre la inclusión o no de las relaciones entre quienes no están casados, y, a estos mismos efectos, la distinción entre aspectos sustantivos y procesales del Derecho de familia, e incluso su vinculación con el Derecho sucesorio.

<sup>23</sup> Acuerdo, de 14 de junio de 1985, y Convenio de aplicación de Schengen, de 19 de junio de 1990, en vigor para España desde el 21 de junio de 1991. No forman parte del espacio Schengen Reino Unido e Irlanda (por voluntad propia) y Bulgaria, Chipre y Rumania (por no cumplir aún las condiciones exigidas para ello).



originario<sup>24</sup>. Debates que el TL parece dejar atrás sin haber tenido que pronunciarse al respecto.

Así, si bien el TFUE continúa, por una parte, asociando la proclamación de la libertad de circulación a la movilidad de los individuos en su condición de factor de producción —esto es, a la creación del «mercado interior *stricto sensu*» (sentido propio)<sup>25</sup>— y, por otra parte, sigue reconociendo el derecho de los ciudadanos comunitarios a residir y circular libremente dentro de la UE con independencia del desempeño de actividad económica alguna<sup>26</sup> —en lo que cabría calificar como una «noción laxa» (impropia) de mercado interior vinculada a la ciudadanía de la Unión<sup>27</sup>—, ya no condiciona necesariamente su actuación en materia de cooperación judicial civil al servicio del «buen funcionamiento del mercado interior», sino que «en particular», se adoptarán medidas cuando sirvan para ello. De esta forma, en caso de que se optara por el concepto estricto de «mercado interior», no se impediría el recurso al concepto amplio; y, si se optase por este último, podría entenderse sencillamente que la cooperación judicial civil sirve de manera especial, pero no única, a este objetivo. En definitiva, el servicio al «mercado interior», sea cual sea el concepto que se maneje, no es ya un requisito *sine quanon* para que pueda regularse en el ámbito de la cooperación judicial civil. Ahora bien, y en lo que al Derecho matrimonial respecta, para que pueda utilizarse el procedimiento de adopción ordinario al margen del recurso al sistema de «pasarela» —difícil, como se ha indicado, por el derecho de veto concedido a los parlamentos nacionales—, las propuestas normativas no pueden ser calificadas sin más como parte del «Derecho de familia»; sino que deben encajar en cualquiera de los aspectos mencionados como contenido general de la «cooperación judicial civil».

8. Lo que sí resulta obvio es que el funcionamiento del mercado interior puede verse afectado por la ordenación de las relaciones con terceros países. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, antes TJCE) —que tiene competencia exclusiva para interpretar de forma uniforme y vinculante los conceptos

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* mi trabajo *Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 48-56. En la propuesta del Reglamento 2201/2001 y de su tentativa de reforma [Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, COM (2006) 399 final, de 17 de julio de 2006 p. 7], señalan a estos efectos que «las instituciones comunitarias tienen cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar si una medida es necesaria para el funcionamiento apropiado del mercado interior. La actual propuesta (lo) facilita... puesto que eliminará cualquier obstáculo para la libre circulación de las personas que se enfrentan actualmente a los problemas que se derivan de las diferencias subsistentes entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere a la ley aplicable y la competencia en materia matrimonial».

<sup>25</sup> El Título V del TFUE, denominado «libre circulación de personas, servicios y capitales», incorpora la libertad de circulación de trabajadores, de establecimiento, de prestación de servicios, además de la relativa a los pagos y capitales.

<sup>26</sup> Artículo 21 TFUE.

<sup>27</sup> Artículos 20.2.<sup>a</sup> y 21.1 TFUE

y categorías del Derecho de la UE<sup>28</sup> — ha extendido al ámbito de la cooperación judicial civil<sup>29</sup> la conocida y bien establecida jurisprudencia en el asunto *AETR* sobre la competencia exclusiva de las instituciones comunitarias para regular en el ámbito externo con el fin de evitar distorsiones en la aplicación de normas comunitarias existentes<sup>30</sup>. En este sentido, las propias normas de la UE vienen a reconocer tal competencia en el TL<sup>31</sup>, lo que determina la imposibilidad jurídica de que, a falta de autorización expresa<sup>32</sup>, los Estados miembros puedan firmar nuevos tratados internacionales con terceros países cuando exista reglamentación de la UE en la materia de que se trate<sup>33</sup>.

9. En este contexto, desde que en 1999, el Consejo Europeo de Tampere expresó la necesidad de instaurar un verdadero espacio europeo de justicia que responda a «las inquietudes que con frecuencia han manifestado los ciudadanos» y tenga «una incidencia directa en sus vidas cotidianas»<sup>34</sup>, se han sucedido dos programas de actuación de la UE —Plan de acción de Viena<sup>35</sup> (1999-2004) y

<sup>28</sup> En este sentido, el Tratado de Lisboa mejora la situación respecto del Tratado de Niza en lo que concierne a la interpretación de las normas en materia de cooperación judicial civil, puesto que el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ya no se limita a los tribunales nacionales contra cuyas decisiones no quepa recurso. *Vid.* artículo 267 TFUE. Por lo demás, cabe recordar que la aplicación de las normas de otros instrumentos internacionales adolecen de la falta de instituciones que cumplan necesariamente esta función.

<sup>29</sup> Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia mercantil, apartado 128, «es fundamental garantizar la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias y el buen funcionamiento del sistema que establecen para preservar la plena eficacia del Derecho comunitario».

<sup>30</sup> Sentencia del TJCE, de 31 de marzo de 1971, en el asunto C-22/70, *Comisión c. Consejo, ERTA*, estableció el paralelismo entre la competencia interna y externa de la Comunidad, de manera que ésta dispone de competencias cuando exista un vínculo indisoluble entre el ejercicio de la competencia interna y la actuación en el plano externo, o porque existiera ya armonización normativa que pudiera verse comprometida por la actuación en dicho plano de los Estados miembros.

<sup>31</sup> *Vid.* artículo 216 TFUE.

<sup>32</sup> A estos efectos, el Reglamento 664/2009 del Consejo, de 7 de julio, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, DO (2009) L 200/46, recoge un mecanismo de autorización aplicable en el marco de competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Sobre este reglamento, *vid.* A. SPINIELLA MENÉNDEZ, «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre estados miembros y terceros países [Comentario a los Reglamentos (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009]», *Diario La Ley*, núm. 7252, 30 de septiembre de 2009.

<sup>33</sup> Sin embargo, España firmó, el 12 de septiembre de 2006, un Convenio con Mauritania sobre asistencia judicial internacional en materia civil y mercantil que incluye disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, BOE núm. 267, de 8 de noviembre.

<sup>34</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Tampere el 15-16 de octubre de 1999, *Europe Documents* núm. 2158, 19 de octubre de 1999, p. 1, punto 2.

<sup>35</sup> Plan de acción del Consejo y de la Comisión adoptado en Viena el 3 de diciembre de 1998,



Programa de La Haya <sup>36</sup> (2005-2009)—y ha comenzado ya la vigencia del tercero —Programa de Estocolmo <sup>37</sup> (2010-2014)—en el que se incide especialmente en el objetivo de servir y proteger a los ciudadanos, facilitándoles el ejercicio de la libertad de circulación.

10. Hasta el inicio del Programa de Estocolmo, los resultados alcanzados en materia matrimonial se circunscriben al terreno procesal; esto es, a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, regulados conjuntamente con la responsabilidad parental (RB II) <sup>38</sup>. Su complemento en lo que concierne a la potencial negociación y firma de convenios en la materia con terceros países (dimensión externa) reside en el Reglamento 664/09 <sup>39</sup>, que establece un mecanismo para que los Estados miembros puedan solicitar autorizaciones con el fin de negociar y celebrar acuerdos si la propia UE —con competencia exclusiva para ello— no tiene previsto hacerlo en un plazo de veinticuatro meses y la iniciativa en cuestión no afecta al Derecho ni a las relaciones exteriores de la UE. En todo caso, la autorización que se otorgue podrá proponer directrices, requerir la introducción de determinadas cláusulas (especialmente cláusulas de compatibilidad) e incluso imponer la participación de la UE como observador en el proceso de negociación, además de no eximir de la necesidad de obtener una nueva autorización para la firma del acuerdo finalmente alcanzado. Como se ha indicado, en marzo de 2010, no se ha recurrido a la utilización de este instrumento.

11. Otras iniciativas dieron sus primeros pasos durante el Programa de La Haya y están todavía en curso. Es posible que alguna de ellas vea la luz a corto o medio plazo, especialmente en el ámbito de la determinación del Derecho aplica-

sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, DO (1999) C 19/1.

<sup>36</sup> Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004, apartados 15 a 17 y Anexo I. El informe sobre los resultados de este Programa se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005; una evaluación del Programa de La Haya y del Plan de Acción, COM (2009) 263 final, de 10 de junio de 2006, pp. 12-13. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, COM (2009) 262 final, que destaca la comparativa lentitud de los progresos en Derecho de familia debido a la exigencia de unanimidad, p. 3.

<sup>37</sup> Consejo Europeo de Estocolmo de 10 y 11 de diciembre de 2009, apartados 25 y ss., aprobó el Programa de Estocolmo, «An open and secure Europe serving and protecting the citizens», apartado 3.1.2.

<sup>38</sup> Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, DO (2003) L 338. Este instrumento, inicialmente conocido como Bruselas IIbis, derogó y sustituyó el anterior Reglamento 1347/2000 (Bruselas II) —aplicable desde el 1 de marzo de 2001— DO (2000) L 160/19, que, con el mismo título —lo que explica que también haya tomado su denominación genérica—, tenía un alcance material más limitado en el terreno de la responsabilidad parental. El artículo 64 recoge las disposiciones transitorias, interpretadas por el TJCE en el asunto, *Hadadi*, vid. nota núm. 102.

<sup>39</sup> Reglamento 664/2009, vid. nota núm. 32.

ble, sin que se haya previsto, de momento, la adopción de los correspondientes instrumentos paralelos al Reglamento 664/09 para una eventual negociación y celebración de acuerdos particulares entre Estados miembros y terceros países. Las dos propuestas que se encuentran más avanzadas en materia matrimonial son la relativa a la determinación de la ley aplicable a la separación y al divorcio (PRR III) y la que establecería la ley aplicable al régimen económico matrimonial (R IV). El fundamento de ambas propuestas, en términos semejantes a lo que ocurrió con el RB II, reside en que se trata de medidas que desarrollan una cooperación judicial que, aunque no hay que justificar como necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, servirá igualmente y «en particular» a este propósito además de hacer compatibles las normas de los Estados miembros en materia de conflicto de leyes <sup>40</sup>.

La propuesta de RR III se planteó inicialmente como una reforma de RB II que, además de incorporar normas de determinación de Derecho aplicable, aprovechaba la ocasión para introducir algunos cambios en las normas de competencia judicial internacional <sup>41</sup>. La imposibilidad de alcanzar un acuerdo para concluir este proyecto <sup>42</sup>, llevó a los diez Estados miembros interesados en el mismo a recurrir por primera vez, el pasado 10 de marzo, al sistema de cooperación reforzada <sup>43</sup> para adoptar un Reglamento en materia de ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio <sup>44</sup>. Esto conllevará el desarrollo del DIPr. de la UE «a dos velocidades» o, de otro modo dicho, a la aparición de un nuevo grado de fragmentación normativa en la materia conflictual en los Estados miembros. No obstante, si otros Estados miembros <sup>45</sup> lo desean podrán incorporarse en cualquier momento a la nueva norma. La propuesta —que por razones obvias, se ha apartado de la iniciativa original en lo tocante a la revisión del RB II— pretende evitar el *forum shop*-

<sup>40</sup> Artículo 81.1 y 2.c) TFUE.

<sup>41</sup> Concretamente, se trataba de permitir el juego de la autonomía de la voluntad dando entrada a los acuerdos de elección de foro así como de suprimir el artículo 6 y modificar el artículo 7, cuya dudosa interacción dio lugar a una cuestión prejudicial resuelta por el TJCE inutilizando el primero de ellos. Vid. nota núm. 99, *Sundelind*. Propuesta de Reglamento Roma III, vid. nota núm. 24.

<sup>42</sup> Destaca la oposición de Suecia, reacia a abandonar su recurso automático a la *lex fori*. Actitudes como ésta llevan a señalar a A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 77, que «la comunitarización del Derecho de familia es más teórica que práctica; se prima el interés de los Estados más que las necesidades de los ciudadanos en una Europa integrada».

<sup>43</sup> La cooperación reforzada está prevista en el artículo 20 TUE para situaciones en las que un grupo de Estados miembros quieran profundizar en el proceso de integración (impulsar los objetivos de la UE, proteger sus intereses y reforzar el proceso de integración), para lo que deben seguir el procedimiento establecido en los artículos 326-334.

<sup>44</sup> *Proposal for a Council Decision No.../2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, COM (2010) 104 final, de 24 de marzo de 2010, y la *Proposal for a Council Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, COM (2010) 105 final/2, de 30 de marzo de 2010. A 30 de marzo de 2010, las versiones en español no están disponibles. Los Estados miembros concernidos son: Austria, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumania.

<sup>45</sup> Salvo Dinamarca, puesto que se trata de una propuesta enmarcada en la cooperación judicial civil.



ping o la «carrera a los tribunales» en los que uno de los cónyuges considere que el régimen conflictual vigente llevará a poner en práctica las normas materiales que favorezcan sus intereses. Además de su carácter *erga omnes* —sustituyendo el recurso las correspondientes normas nacionales en todo caso—, cabe destacar la expresa mención en su texto de la total ausencia de consecuencias sobre la definición de la institución matrimonial, que será realizada por cada Estado miembro obligado a aplicarlo transcurrido un año desde su entrada en vigor, lo que ocurrirá presumiblemente durante 2011<sup>46</sup>. Por lo tanto, queda claro que este nuevo instrumento *no pretende* armonizar las normas materiales en este ámbito del Derecho de familia<sup>47</sup>. Lo que está por ver es si esta pretensión no resulta superada con su puesta en práctica y, en particular, por la resolución que el TJCE disponga para las dudas interpretativas que se susciten, especialmente en lo que concierne al alcance de la excepción de orden público<sup>48</sup>.

12. A partir del lanzamiento de un libro verde de la Comisión<sup>49</sup>, se habla ya de una futura propuesta de RR IV<sup>50</sup> que, centrándose en la determinación de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales —extendiéndose también a otras figuras, como las uniones registradas y, de manera más dudosa, a las uniones de hecho— introduciría normas de competencia judicial internacional así como la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que implicaría la homologación en los Estados miembros, sin ningún tipo de trámite o de control, de los documentos expedidos en otro Estado miembro<sup>51</sup>.

En cuanto al aseguramiento de la aplicación del Derecho material extranjero designado por la norma de conflicto, la Comisión ha remarcado recientemente

<sup>46</sup> Vid. artículos 2 (universalidad) y 13 (entrada en vigor y fecha de aplicación), RR III, nota núm. 45. El recientemente aparecido Plan de Acción de la Comisión sobre el Programa de Estocolmo; de momento, sólo disponible en inglés, anuncia la adopción del Reglamento durante 2010. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens, Action Plan Implementing the Stockholm Programme*, COM (2010) 171 final, p. 19.

<sup>47</sup> La Comisión destaca en su MEMO 10/10, de 24 de marzo de 2010, que «the proposal does not in any way harmonise national divorce laws or practices, which remain very diverse for cultural and historical reasons».

<sup>48</sup> Vid. *infra* párrafos 14 y 29.

<sup>49</sup> Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, COM (2006) 400 final, de 17 de julio de 2006. La síntesis de las respuestas a este libro recibidas por la Comisión pueden verse en un documento fechado el 5 de febrero de 2008 y descargable desde [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/116018\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/116018_en.htm) (visitado en marzo de 2010).

<sup>50</sup> El Plan de acción de la Comisión sobre el Programa de Estocolmo, programa la presentación de la propuesta para el año 2010, *vid.* nota núm. 47, p. 19.

<sup>51</sup> Vid. nota núm. 47, Libro Verde sobre régimen matrimonial. Vid. también nota núm. 37, COM (2009) 262 final, p. 11, que insiste en la posibilidad de extender la aplicación del reconocimiento mutuo, que requeriría previamente la armonización de las normas sobre conflictos de leyes, a los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación.

que garantizar su realización efectiva constituye un reto y que la UE deberá estudiar el modo de evitar la disparidad de la práctica de los Estados miembros en lo que concierne a la aplicación de las normas de otros miembros<sup>52</sup>. No es extraño que, ante las mayores o menores dificultades que plantea la aplicación de un conjunto de normas extranjeras, los tribunales terminen aplicando —sobre la base y dentro del margen que les permitan sus normas de aplicación o funcionamiento— el Derecho del foro. Al parecer, la Comisión ya ha comenzado a realizar estudios con el fin de acometer las acciones necesarias para garantizar la correcta puesta en práctica de las normas de determinación del Derecho aplicable<sup>53</sup>.

13. Como cabe observar, todas estas medidas se producen en el ámbito del DIPr. sin que, de momento, hayan afectado —se pone especial cuidado en ello— al Derecho material y, en particular, al concepto de matrimonio de cada Estado miembro. La unificación de normas de DIPr. resulta útil, a la par que mucho más sencilla pues, obviamente, la unificación material se presenta difícilmente abordable en ámbitos como el Derecho de familia debido a que sus sensibles implicaciones culturales hacen inimaginable alcanzar la unanimidad requerida. Las actuaciones normativas realizadas y previstas en materia matrimonial demuestran que, a pesar de que «a largo plazo» debiera abordarse la aproximación material<sup>54</sup>, la unificación en DIPr., sin estar exenta de dificultad, conlleva menos sacrificios —en cuanto a su incidencia en la identidad cultural de los Estados miembros<sup>55</sup>— y, al tiempo, establece soluciones perdurables<sup>56</sup>. No está claro, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el terreno de los alimentos<sup>57</sup>, en qué términos pretende la UE desarrollar la dimensión externa de esta política<sup>58</sup> pero, hasta la fecha tampo-

<sup>52</sup> Vid. nota núm. 37, COM (2009) 262 final, pp. 3 y 11.

<sup>53</sup> La mención de este aspecto en la exposición de motivos, apartado 12, de la Propuesta de RR III, tan sólo destaca el hecho de que la Red Judicial Europea en materia civil y comercial, creada por Decisión 2001/470 y modificada la Decisión 568/2009 del Consejo, DO (2009) L 168/35, «puede» jugar un papel en la asistencia a los tribunales para informarse sobre el contenido del Derecho de los Estados miembros. Sin embargo, la Comisión destaca en su MEMO 10/10, de 24 de marzo de 2010 que «is currently exploring other measures to facilitate the application of foreign law before the proposal enters into force».

<sup>54</sup> Consejo Europeo de Tampere, *vid.* nota núm. 35, apartado 39.

<sup>55</sup> No puede dejarse de notar, sin embargo, que la intervención interpretativa del TJUE puede dar lugar a definiciones autónomas de los conceptos jurídicos manejados en los instrumentos comunitarios.

<sup>56</sup> A. BORRÁS, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>57</sup> La política de la UE ha sido clara estableciendo desde el comienzo la intención de adherirse al Convenio, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y al Protocolo, de misma fecha, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. La adhesión a este último ha tenido lugar el 8 de abril de 2010. No obstante, en este ámbito no existe instrumento que permita a los Estados miembros solicitar autorización para negociar acuerdos con terceros países.

<sup>58</sup> Vid. COM (2009) 262, nota núm. 37, p. 15. En un documento del Consejo, de 6 de noviembre de 2008 (JUSTCIV 235), sobre *Accession by the European Community to Conventions of The Hague Conference on Private International Law*, se destaca que la UE debe reflexionar sobre su posible adhesión al Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones



co los Estados miembros han hecho uso del Reglamento 664/2009 con el fin de entablar negociaciones con terceros países sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito de las crisis matrimoniales.

14. En todo caso, no deben perderse de vista los nuevos debates generados en torno a la aplicación del principio del reconocimiento mutuo —convertido en principio de base en la cooperación judicial civil para las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. 81 TFUE)— de los documentos relativos al estado civil y, específicamente, en cuanto al reconocimiento de la existencia del vínculo matrimonial entre los Estados miembros<sup>59</sup>. Debates que no pueden obviar el hecho de que la aplicación del principio requiere la existencia de ciertos estándares materiales comunes para que no se produzca el riesgo potencial de afectar el orden público del Estado de reconocimiento<sup>60</sup>.

A este respecto, cabe aventurar el potencial desarrollo de una noción de orden público de la UE que, partiendo de la sobradamente conocida y generalizada prohibición de discriminación entre nacionales de los Estados miembros (art. 12 TUE), se extiende a la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, religión..., etc., que establece la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 21 CDFUE)<sup>61</sup>. Así, la PRR III no permite excluir la aplicación del Derecho de un Estado miembro por razón de contrariedad con el orden público del foro si ello infringe la generalizada prohibición de discriminación establecida en la

legales, y que los Estados miembros pueden decidir libremente si desean adherirse al Convenio de 14 de marzo de 1978, relativo a la celebración y el reconocimiento del matrimonio. España no es parte en ninguno de ellos.

<sup>59</sup> Vid. COM (2009) 262, nota núm. 37, p. 8, destaca que «A largo plazo, el reconocimiento mutuo de los efectos vinculados a los certificados del estado civil deberá ser objeto de una reflexión en profundidad». Para comenzar la reflexión, el Programa de Estocolmo de la Comisión, *vid.* nota núm. 47 COM (2010) 171, p. 23, ha programado el lanzamiento en 2010 de un Libro Verde sobre la libre circulación de los documentos de estado civil, los actos auténticos y la simplificación de la legalización.

<sup>60</sup> El propio artículo 81.1 TFUE, tras señalar que la cooperación en asuntos civiles con repercusión transfronteriza se basa en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales añade: «esta cooperación *podrá* incluir la adopción de medidas de aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Por su parte, la Comisión, *vid.* COM (2009) 262, nota núm. 37, p. 13, señala que «en materia civil es necesario *establecer normas mínimas* a nivel europeo por lo que se refiere a algunos aspectos del *procedimiento civil* en relación con las necesidades de reconocimiento mutuo». Quizá debiera haberse señalado que las normas mínimas también puedan resultar necesarias en la dimensión material. Sobre el reconocimiento mutuo en esta dimensión y la supresión del control del orden público, *vid.* las posiciones encontradas de Haimo SCHACK, «The (Misguided) Abolition of Exequatur Proceedings in the European Union», y Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «L'incidence des modalités de reconnaissance des jugements dans l'espace judiciaire européen sur la couple ordre public national/ordre public européen», *AEDIP*, vol. 9, 2010, en prensa.

<sup>61</sup> Vid. nota núm. 9. El texto del artículo 21.1 reza: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Este precepto es paralelo y semejante, aunque no idéntico, al artículo 14 del CEDH, *vid.* nota núm. 66.

CDFUE, cuyo alcance sólo podrá ser determinado a través de la interpretación que, en última instancia, corresponderá al TJUE. De esta forma, el Tribunal estará en situación de configurar los límites del orden público matrimonial de la UE en lo que al divorcio respecta<sup>62</sup>. Además, con toda precaución, también podría señalarse la existencia de, al menos, un estándar común que se configuraría también como orden público de la UE sin que vaya a plantear ningún tipo de problema en los Estados miembros. Éste consistiría en la inadmisibilidad de los matrimonios poligámicos y encontraría su fundamento, cuando menos, en la norma de la UE que impone la imposibilidad de aceptar la reagrupación familiar de más de una esposa<sup>63</sup>.

### 3. Celebración del matrimonio en España y reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero

15. El derecho de toda persona a contraer matrimonio libremente está internacionalmente reconocido a escala global<sup>64</sup>, europea<sup>65</sup> y en la UE<sup>66</sup>; existiendo, además, algunos convenios multilaterales tendentes a facilitar su ejercicio<sup>67</sup> en los que España, donde este derecho tiene rango constitucional (art. 32), es parte. No obstante, estos instrumentos no proporcionan una definición de «matrimonio» que, por lo tanto, ha de ser interpretada conforme a los criterios establecidos en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>68</sup>. En todo caso, la válida celebración de cada matrimonio se fundamenta en el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma que el régimen jurídico aplicable al mismo requiere. La internacionalidad en los matrimonios incide sobre ambas cuestiones de modo diverso. En cuanto al fondo, la capacidad y el consentimiento son las exigen-

<sup>62</sup> Vid. *infra* párrafo 29.

<sup>63</sup> Artículo 4.4 Directiva 2003/86, nota núm. 8. No obstante, la norma no impone la reagrupación de aquella con la que se contrajo el matrimonio en primer lugar.

<sup>64</sup> Artículos 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>65</sup> Artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ulteriores modificaciones, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D\\_800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D_800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf).

<sup>66</sup> Artículo 6.1 TUE en combinación con el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, *vid.* nota núm. 9.

<sup>67</sup> Convención relativa al consentimiento y edad mínima para contraer matrimonio, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969); Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecha en París el 10 de septiembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1977), y Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1964 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 1988).

<sup>68</sup> Los artículos 31-33 del Convenio sobre Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980), se refieren a su texto, contexto, la intención de las partes y, subsidiariamente, a otros medios complementarios. Téngase en cuenta que respecto del CEDH, el TEDH también desempeña un importante papel jurisdiccional e interpretativo.



cias primordiales para la validez del acto jurídico cuya trascendencia se traduce, con carácter general, en la especial importancia que se atribuye a su formalización.

16. Desde el Derecho español, la capacidad para contraer matrimonio vendrá determinada por las condiciones establecidas en la ley personal de cada uno de los contrayentes (art. 9.1 CC) <sup>69</sup>. No obstante, se ha reconocido una clara *vis atractiva* a estos efectos del Derecho del foro por cuanto sus disposiciones en materia de capacidad —entre las que, desde la calificación de nuestro ordenamiento, no cabe incluir el sexo <sup>70</sup>— tienen el carácter de normas de orden público <sup>71</sup>. Para facilitar la prueba de capacidad en el caso de contrayentes extranjeros, el Estado de su nacionalidad puede expedir certificados que la acrediten <sup>72</sup> pero, en España, lo habitual es que sean nuestras autoridades las que, sin requerirles tal certificación, comprueben su existencia <sup>73</sup>, pudiendo incluso dispensar, conforme a la

<sup>69</sup> La remisión a esta regla se produce, dentro de su ámbito de aplicación, por efecto de la Convención de Nueva York de 1962, *loc. cit.*, cuyo artículo 2 hace referencia a la edad mínima. Cabe señalar que, en el ámbito de la UE, el TJCE reconoció (asunto C-430/97, *Johannes*, sentencia de 10 de junio de 1999) que el recurso a la conexión de la nacionalidad no puede considerarse discriminatorio en tanto la materia regulada (en este caso, el divorcio) «forman parte del ámbito de aplicación del Tratado».

<sup>70</sup> La confusa Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, recogida posteriormente en la Resolución de 7 de abril de 2006 (BOE de 31 de diciembre de 2005) —sobre cuyo análisis crítico cabe destacar los trabajos de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *La Ley*, n.º 1, 2007, pp. 1531-1538; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Nota a la Ley 13/2005», *AEDIPr*, tomo V, 2005, pp. 509-5015; R. ARENAS GARCÍA, «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *AEDIPr*, tomo V, 2005, pp. 351-371—, ha reconocido que el sexo es un elemento estructural de la institución matrimonial, por lo que no se rige por la ley personal sino por la ley del foro. Como es sabido, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, núm. 157, de 2 de julio), introdujo en España los matrimonios entre personas del mismo sexo (art. 44 CC), cuya constitucionalidad ha sido cuestionada por un recurso (núm. 6864-2005) promovido por más de cincuenta diputados del Partido Popular, admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005. Sobre esta cuestión, *vid.* S. CANAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 77-88.

<sup>71</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002. En esta línea, más convendría reformar la normativa española pues la aplicación de la ley de la nacionalidad del cónyuge deviene más la excepción que la regla. En este sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conjugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona, 2007, pp. 311-312; y «Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple», *Rev. Crit. DIPr*, 2007, pp. 357-382.

<sup>72</sup> Conforme al Convenio de Múnich, *vid.* nota núm. 67; en España el Registro Civil los emite únicamente para los ciudadanos españoles (art. 252 RRC). Sobre esta cuestión, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *AEDIPr*, 2000, pp. 405-419.

<sup>73</sup> España no requiere a los contrayentes extranjeros la presentación de un certificado de capacidad matrimonial.

misma ley personal, la incapacidad detectada siempre y cuando residan en nuestro país <sup>74</sup>.

17. Los instrumentos internacionales, al igual que el Derecho español, inciden en la necesidad de que el consentimiento al contenido de la institución matrimonial sea libre y pleno <sup>75</sup>. En la práctica, es ésta una cuestión difícilmente separable de la ley aplicable a la forma pues resulta complicado abstraer el hecho de consentir de aquello a lo que se consiente. En cualquier caso, la existencia del consentimiento será apreciada por la autoridad ante la que se manifieste formalmente —y que de esta forma velará para evitar los matrimonios de complacencia <sup>76</sup>—, ya que el matrimonio es un acto solemne y, como tal, debe celebrarse ante una autoridad y con la presencia de testigos <sup>77</sup>. Esta autoridad no sólo califica la institución matrimonial determinando su contenido y alcance conforme a su propio ordenamiento —sin perjuicio de los potenciales condicionantes derivados de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado <sup>78</sup>—, sino que, además, normalmente atiende a sus propias normas en lo que concierne a la forma.

Así ocurre en España, donde el Código Civil ofrece gran flexibilidad al admitir tanto la forma civil —ante autoridad civil en el territorio nacional <sup>79</sup> o en el

<sup>74</sup> Los artículos 1 a 3 del Convenio de París, *vid.* nota núm. 67. Además de España, son Estados parte Alemania, Grecia, Países Bajos y Turquía.

<sup>75</sup> Artículo 1 de la Convención de Nueva York, *loc. cit.*, y artículo 45 CC.

<sup>76</sup> En este sentido, debe hacerse notar que parte de la doctrina internacionalprivatista, entre ellos, de forma destacada S. SÁNCHEZ LORENZO, «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», en *Derecho Registral Internacional; Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-276, censura la «contaminación» del Derecho civil por el Derecho de extranjería en el que incurre la DGRN con su Instrucción de 31 de diciembre de 2006 (BOE núm. 41, de 17 de febrero) —con antecedente en otra de 1995, aplicable sólo a los expedientes previos a la celebración del matrimonio—, en la que se establece el control del consentimiento por la autoridad administrativa en los expedientes previos de celebración del matrimonio e incluso a los certificados de capacidad matrimonial. No obstante, esta Instrucción se hace eco de la Resolución del Consejo de la UE de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas de lucha contra matrimonios fraudulentos, DO (1997) C 382.

<sup>77</sup> Artículo 1 del Convenio de Nueva York, *loc. cit.* En cuanto a la forma civil española, *vid.* artículo 51.1 y 2 CC (alcalde, juez encargado del Registro Civil y, en extranjero, encargado del Registro Civil consular). Aunque algunos ordenamientos, como el del Estado de Nevada en EE.UU., contemplan formas muy simplificadas, no deja de intervenir en ellas una autoridad (comisionado de matrimonio civil), además de los testigos.

<sup>78</sup> Destacando la diferente calificación de la institución matrimonial que, en lo que al sexo respecta, puede encontrarse en algunas normas internacionales así como los problemas que esta situación conlleva, sin que el ordenamiento español haya previsto solución, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago de Compostela, De Conflitu Legum, 2009, pp. 17-22.

<sup>79</sup> Parte de la doctrina ha insistido en que el requisito de residencia en España de uno de los contrayentes para establecer la competencia de las autoridades españolas en la celebración del matrimonio civil (art. 57 CC) debe recibir una «lectura contenida» (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2009, p. 382) pues, de otro modo, la falta de residencia provocaría, por ejemplo, que españoles no residentes tendrían que recu-



extranjero<sup>80</sup> — como la religiosa — ante la autoridad canónica, hebrea, islámica y evangélica — (art. 49). Nuestro ordenamiento permite, además, aceptar las formas admitidas por la ley de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes si ambos son extranjeros (art. 50 CC)<sup>81</sup>. Cabe concluir que, tanto la determinación de la existencia del consentimiento como la forma de celebración — esta última salvo los casos excepcionales en los que ambos cónyuges sean extranjeros y opten por la forma establecida en cualquiera de sus leyes nacionales al contraer matrimonio en España — se rigen por la *lex fori*. Verificada la celebración del matrimonio, se inscribirá en el Registro Civil español<sup>82</sup>, con la consiguiente e implícita presunción de validez que, no obstante, siempre puede ser impugnada en vía judicial<sup>83</sup>.

18. Si el matrimonio se celebra ante autoridades extranjeras, su existencia jurídica en nuestro territorio puede precisar el reconocimiento que se produce a través de la inscripción en el Registro Civil español. Este reconocimiento sólo procederá, salvo en el caso de los matrimonios canónicos<sup>84</sup> y de la existencia de compromisos internacionales<sup>85</sup>, cuando el registrador haya realizado las oportu-

rrir al matrimonio consular (autoridad española en el extranjero) y esto sólo es viable en la medida en la que el país extranjero no haya prohibido esta actividad consular. Sin embargo, en el matrimonio religioso (arts. 59 y 60) o *in articulo mortis* no aparecen requisitos de residencia (art. 52).

<sup>80</sup> Se trata del llamado matrimonio consular, artículo 51.3 CC. *Vid.* R. ARROYO MONTERO, *El matrimonio consular*, Madrid, La Ley, 1991.

<sup>81</sup> En este sentido la doctrina (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 381-382) ha observado una clara discriminación en los casos de matrimonios mixtos en los que uno de los contrayentes es español pues, en tal hipótesis, sólo la forma española es admitida (art. 49 CC). Por lo demás, las formas admisibles son aquellas vigentes en el momento de la celebración.

<sup>82</sup> Artículo 3 Convenio de Nueva York, *loc. cit.* Artículo 256 RRC (registro del domicilio) y artículo 68 RRC (registro consular — si domicilio en el extranjero — o central — si domicilio en España — en caso de matrimonios celebrados en el extranjero ante autoridad española). Si el matrimonio se ha celebrado en forma religiosa hebrea, islámica o evangélica (no en el caso de la forma canónica, *vid.* nota núm. 84), o en la forma establecida en una ley extranjera, el Registrador controlará el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma antes de proceder a la inscripción (art. 256 RRC).

<sup>83</sup> Al tratarse de la impugnación de la inscripción en un Registro público español, la competencia será exclusiva de los tribunales de nuestro país conforme al artículo 22.1 LOPJ. A pesar de la confusa doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia (incluso constitucional), que han llevado al TEDH a condenar a España por discriminar a una mujer que contrajo matrimonio por el rito gitano (...), a falta de cumplimiento de los requisitos de forma conllevaría la declaración de la inexistencia del matrimonio mientras que el incumplimiento de los requisitos de fondo conduce a su nulidad. *Vid.* sobre el asunto J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en aplicación de la ley», *La Ley*, núm. 7380, 14 de abril de 2010, pp. 1-15.

<sup>84</sup> El artículo VI.1 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos (*BOE* núm. 300, de 15 de diciembre de 1979) establece que la inscripción en el registro civil «se practicará con la simple presentación de la certificación eclesiástica de la existencia» del mismo, sin ningún condicionante espacial en cuanto al lugar de su celebración.

<sup>85</sup> Convenio con Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, hecho en Bonn, el 14 de noviembre de 1983, *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 1988; con Austria, con el mismo título, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984, *BOE* núm. 207, de 29 de agosto de 1985, y con

nas comprobaciones<sup>86</sup> sobre su validez formal — en la que, por las razones señaladas con anterioridad, se subsume en principio la existencia de consentimiento<sup>87</sup> —, requiriéndose que, si uno de los contrayentes es español, la forma utilizada haya sido cualquiera de las españolas o la del lugar de celebración<sup>88</sup>, mientras que, si ambos son extranjeros, la ausencia de regla alguna<sup>89</sup> conduce a la aplicación analógica de la respuesta prevista para el supuesto de celebración ante la autoridad española (art. 50 CC). En cuanto al fondo, el registrador controlará las circunstancias relativas a su validez objetiva (capacidad conforme a la ley personal), sin que, en principio, quepa control alguno sobre otros aspectos (error, intimidación). No obstante, el creciente número de matrimonios contraídos con el fin de eludir la aplicación de las normas de extranjería (matrimonios de conveniencia) ha llevado a introducir el control del consentimiento en los matrimonios mixtos planteando la aceptación del contenido de la institución en su calificación española como una cuestión de orden público<sup>90</sup>.

19. Como se ha indicado más arriba, los debates sobre la aplicación del principio del reconocimiento mutuo a la existencia de matrimonios celebrados o reconocidos (inscritos) en Estados miembros de la UE suscitan cierta preocupación, y auguran pocas probabilidades de éxito absoluto, en tanto no existan conceptos comunes sobre la noción de matrimonio. A marzo de 2010, no es esta la situación pues la institución matrimonial continúa apegada en distintos Estados miembros a sus idiosincrasias, culturas y tradiciones. No obstante, no cabe excluir que las eventuales referencias de las normas de la UE al principio de no discriminación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión o el simple recurso a la aplicación de este principio, pueda tener — como se ha indicado respecto de la PRR III — alguna repercusión a estos efectos.

#### 4. Crisis matrimoniales

20. Las crisis matrimoniales desembocan normalmente en el inicio de procesos judiciales tendentes a la declaración de la nulidad, la separación o el divorcio<sup>91</sup>. A diferencia de lo que ocurre con la celebración del matrimonio, no puede

Rusia (la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

<sup>86</sup> Artículo 256 RRC. Comprobará también a estos efectos la regularidad y autenticidad de la certificación extranjera (art. 85 RRC) y la realidad del hecho de la celebración.

<sup>87</sup> Presentación de certificados de matrimonio.

<sup>88</sup> No se admiten, sin embargo, las formas recogidas en el ordenamiento nacional del otro cónyuge en caso de no coincidir con el lugar de celebración (art. 49 CC).

<sup>89</sup> Esto puede explicarse porque estos matrimonios no suelen acceder al Registro Civil. Sin embargo, algunos de estos matrimonios pueden tener que hacerlo (inscripción de hijos nacidos en España, por ejemplo), caso en que la existencia de la regla deviene necesaria.

<sup>90</sup> Instrucción de la DGRN de 31 de diciembre de 2006, *vid.* nota núm. 76.

<sup>91</sup> Con independencia del recurso a sistemas alternativos de solución de controversias, como la



hablarse de un derecho fundamental de acceder a cualquiera de estas situaciones ni en los instrumentos internacionales ni en la constitución española, que se limita al respecto a hacer una reserva de ley (art. 32.2 CE). No obstante, los ordenamientos nacionales prevén el recurso a estas instituciones, normalmente a través de la intervención de una autoridad judicial, para dar respuestas jurídicas a las crisis matrimoniales<sup>92</sup> que, en casos internacionales, requieren precisar las normas para determinar la competencia judicial así como para localizar el Derecho material que rija la situación y, en caso de que se pretenda dar efectos a una decisión obtenida en el extranjero, articular los cauces para su reconocimiento y ejecución en el foro.

21. Desde el 1 de marzo de 2005, el RB II es aplicable en España para el señalamiento de la competencia judicial ante situaciones internacionales, así como para el reconocimiento de decisiones procedentes de Estados miembros en materia de nulidad, separación y divorcio<sup>93</sup>, cuyos conceptos no se definen, quedando la determinación de su contenido en manos del TJUE en calidad de institución responsable de la interpretación uniforme. Aunque no se hayan planteado cuestiones al respecto, cabe recordar que los conceptos del Derecho de la UE son interpretados de manera autónoma; esto es, independiente de la legislación nacional de los Estados miembros, que es utilizada en su conjunto como referente.

El RB II, como toda norma de la UE, tiene primacía sobre las disposiciones nacionales en la materia regulada y, además, sustituye —en la medida en que coinciden sus contenidos— a los convenios bilaterales que estaban en vigor con el resto de los Estados miembros —a excepción de Dinamarca<sup>94</sup>—, pero no afecta a la aplicación de los convenios existentes entonces con terceros países (arts. 59-62) a salvo de los Convenios firmados por algunos Estados miembros con la Santa Sede, respecto de los que, sin perjuicio de su pervivencia, se prevé la utilización de las normas de RB II para el reconocimiento automático de decisiones de nulidad (art. 63)<sup>95</sup>. Por lo demás, como se ha indicado, su mera existencia impide, sobre la base de la jurisprudencia del TJCE y, ahora, del propio TL<sup>96</sup>, negociar y firmar nuevos acuerdos salvo que se obtengan las oportunas autorizaciones conforme al procedimiento establecido en el Reglamento 662/2009<sup>97</sup>.

mediación familiar, respaldada por la Recomendación del Consejo de Europa en la materia R (98r), cuestión abordada por diferentes leyes autonómicas en España.

<sup>92</sup> En España, nulidad artículos 73-80; separación artículos 81-84, y divorcio artículos 86-89 CC.

<sup>93</sup> Sustituye desde entonces al Reglamento 1347/2000, *vid.* nota núm. 38, que estuvo en vigor desde el 1 de marzo de 2001 con idénticos criterios de competencia judicial en esta materia. En todo caso, su aplicación no se extiende a los aspectos patrimoniales de la disolución del matrimonio.

<sup>94</sup> *Vid.* nota núm. 17. El Reino Unido e Irlanda hicieron uso del *opting in*.

<sup>95</sup> En España, el Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos, *vid.* nota núm. 84.

<sup>96</sup> *Vid.* nota núm. 31.

<sup>97</sup> *Vid.* nota núm. 32.

#### 4.1. Competencia judicial

22. La primacía del RB II sobre las normas estatales supone que, en materia de competencia judicial internacional, éstas cederán siempre que las situaciones de nulidad, separación y divorcio cumplan con los criterios de aplicación espacial del Reglamento —art. 22 LOPJ—. El ámbito de aplicación espacial de los criterios de competencia judicial del RB II ha generado importantes dudas. Así, los fueros establecidos en el RB II deben ser aplicados cuando el demandado tenga nacionalidad o domicilio en un Estado miembro (art. 6), pero, si sólo es el demandante quien tiene nacionalidad o domicilio en un Estado miembro, el Reglamento prevé, sin más, una remisión a las normas de competencia judicial internacional estatales (art. 7.2). Sin embargo, es posible que en esta segunda hipótesis, las reglas del Reglamento permitan establecer la competencia del tribunal de un Estado miembro, con lo que cabría entender que la remisión al Derecho interno afectaría la aplicación preferente de las reglas específicas del Derecho de la UE, que es el modo general de proceder del régimen de competencia judicial internacional de la UE en el que las normas nacionales juegan un papel subsidiario. La problemática convivencia de estos preceptos —cuya modificación se pretendió al buscar la introducción en este instrumento de normas para la determinación del Derecho aplicable<sup>98</sup>— fue destapada con el planteamiento de una cuestión prejudicial resuelta, no sin polémica, por el TJCE (asunto *Sundelind*)<sup>99</sup>.

Según el Tribunal, a pesar de la literalidad de los preceptos y atendiendo a la necesidad de dotar de coherencia al sistema, si las normas de competencia del Reglamento permiten establecer su existencia en los Tribunales de un Estado miembro, el supuesto de hecho debe estar incluido en su ámbito de aplicación espacial, de forma que la remisión al Derecho interno sólo puede producirse si esto no sucede. Así, el Tribunal, «creando» más que interpretando el Derecho de la UE, salva la incoherencia provocada por el legislador dando preeminencia al segundo criterio de aplicación espacial (art. 7.2) respecto del primero (art. 6)<sup>100</sup> y, en definitiva, extendiendo la aplicación del Reglamento, pues no es preciso que el demandado tenga nacionalidad o residencia en Estado miembro. En todo caso, en España, el margen de acción de las reglas de competencia de la LOPJ —que, por

<sup>98</sup> *Vid.* nota núm. 41. La abandonada propuesta de reforma establecía la supresión del artículo 6 e introducía una nueva redacción del artículo 7 no exenta de problemas.

<sup>99</sup> Sentencia del TJCE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind*. La demandante, sueca con domicilio en Francia, solicitaba el divorcio de su marido, cubano que trasladó su domicilio, desde el lugar de la residencia habitual común del matrimonio en Francia, a Cuba.

<sup>100</sup> Explicando en detalle la función delimitadora que pretendía cumplir el artículo 6 y que resulta absolutamente inoperante, lo que justifica la decisión del Tribunal, *vid.* J. A. GARCÍA LÓPEZ, «Repercusiones de la STJCE *Sunderlind-López* sobre aplicación espacial de las normas de competencia comunitarias», *AEDIPr* vol. 9, 2010, en prensa. Censurando la respuesta del TJCE, *vid.* F. GARAU SOBRINO, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2007, pp. 763-766.



lo demás, coinciden en lo esencial con los del RB II <sup>101</sup>— queda limitado a los supuestos residuales en los que, no siendo aplicables aquéllos, el demandante sea español y resida en nuestro país o las partes sometan acción a los tribunales españoles <sup>102</sup>.

23. Son varios los criterios de competencia judicial internacional (fueros) que ofrece, en relación de alternancia, el Reglamento (art. 3), quedando, por lo tanto, la elección en manos del demandante. Así, éste podrá acudir a los tribunales del Estado (a) de la nacionalidad común de los cónyuges y, en caso de concurrir la doble nacionalidad en ambos, cualquiera de ellas <sup>103</sup>, (b) de su residencia habitual al tiempo de presentar la demanda, (c) de la última residencia que tuvieron si uno todavía reside allí, (d) de la residencia del demandado, (e) de la residencia del demandante si ésta se prolonga por al menos un año antes de la presentación de la demanda, bastando con seis meses si la residencia coincide con el estado de su nacionalidad (*domicile* en el Reino Unido e Irlanda), y (f) de la residencia de cualquiera de ellos si presentan la demanda conjuntamente; lo que supone la existencia de un acuerdo al respecto. Por lo demás, si ninguno de los fueros permitiese establecer la competencia de los tribunales de un Estado miembro, podría recurrirse subsidiariamente a las normas nacionales que abrieran esta posibilidad para sus tribunales (art. 7.1).

Con independencia de estos fueros, y más allá de la competencia de los tribunales del lugar en el que se encuentren las personas o bienes sobre los que quepa adoptar medidas cautelares (art. 20), también puede observarse el reconocimiento de competencias derivadas en los casos de demandas reconventionales (art. 4) o de conversión de la separación judicial en divorcio —si la ley del foro prevé esta posibilidad— (art. 5). A pesar de la conveniencia de que sea la misma autoridad la que conozca de todos los aspectos relativos a la crisis matrimonial <sup>104</sup>, los tribunales competentes en materia de nulidad, separación y divorcio, sólo podrán serlo también en las cuestiones de responsabilidad parental y de alimentos vinculadas si se cumplen determinados requisitos <sup>105</sup>.

<sup>101</sup> *Vid.* artículo 22.3 LOPJ, que prevé la competencia de los tribunales españoles en supuestos de (a) residencia habitual de los cónyuges en el país en el momento de presentación de la demanda, (b) nacionalidad española común en demandas de mutuo acuerdo presentadas por residentes en el extranjero, y (c) domicilio del demandado en España. Además, también se entiende existente la competencia por accesoriedad en lo que concierne a la guarda de los hijos, a los alimentos e incluso a las eventuales acciones de filiación.

<sup>102</sup> R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, «De Conflictu Legum», n.º 6, Santiago de Compostela, 2004, p. 39, hace referencia a los casos en los que, por vía de sumisión tácita, los tribunales españoles han admitido su competencia.

<sup>103</sup> Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 en el asunto C-168/08, *Hadadi*, apartados 49 y 50.

<sup>104</sup> R. ARENAS GARCÍA, «Crisis matrimoniales internacionales: algunas propuestas», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago de Compostela, De Conflitu Legum, 2009, pp. 43-47.

<sup>105</sup> En materia de responsabilidad parental, la extensión de la competencia sólo es posible si al

#### 4.2. Derecho aplicable

24. El DIPr. español cuenta con reglas para establecer la ley aplicable a las crisis matrimoniales; entendiendo por tales la nulidad, la separación y el divorcio (art. 107 CC). La ley señalada rige la respuesta del ordenamiento a la crisis matrimonial; esto es, a la posibilidad de acceder a la nulidad, separación y divorcio, a sus respectivas causas y a sus efectos personales. Su aplicación no se extiende, en principio, a la determinación de las consecuencias jurídico-patrimoniales —por ser ésta una cuestión regulada por las normas relativas al régimen económico matrimonial <sup>106</sup>—, al régimen de alimentos <sup>107</sup>, ni a las relaciones paterno-filiales, cuestiones que también cuentan con reglamentación específica <sup>108</sup>.

25. En lo que a la nulidad concierne, la introducción de una norma particular al respecto supuso una destacada novedad formal aunque no modificó la respuesta conflictual que, a través de otros preceptos, se daba a estas situaciones antes de la reforma normativa <sup>109</sup>. Así, para determinar la existencia de la nulidad «y sus efectos» habrá que acudir a las leyes que rigen la celebración del matrimonio (art. 107.1 CC); esto es, su fondo (capacidad y consentimiento) y su forma <sup>110</sup>. Será, por lo tanto, atendiendo a las leyes personales y a la de la autoridad que celebró el rito matrimonial —sin perjuicio de la aplicabilidad del ordenamiento del lugar de celebración— el que determine la validez o no del matrimonio así como cuestiones procesales tales como la legitimación, la prescripción y la caducidad de la acción. No obstante, a pesar del tenor literal de la norma, estas leyes no se aplicarán para la determinación de los efectos frente a terceros (fundamentalmente los hijos, pero también puede considerarse como tal a quien contrajo el matrimo-

menos un cónyuge ejerce responsabilidad parental y la competencia es aceptada por quienes la ejercen, siendo en todo caso en beneficio del interés superior del menor (art. 12). En lo que a los alimentos concierne, artículo 5.2 del Reglamento Bruselas I, lo admite salvo en la hipótesis de que la competencia se hubiera basado únicamente en la nacionalidad de una parte, situación que no se contempla —a salvo del recurso a las leyes nacionales, en el RB II.

<sup>106</sup> El nuevo régimen de relaciones entre cónyuges: pactos que se integran en ley reguladora de conformidad con artículos 9.2 y 3 CC. No obstante, algunos de los efectos patrimoniales como el uso de la vivienda sí se rigen por la ley que gobierna la crisis, e incluso la doctrina mayoritaria definiendo su aplicación extensiva a la disolución del régimen económico matrimonial. En contra de esta última extensión, R. ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, 2004.

<sup>107</sup> El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, contiene una regla de accesoriedad (art. 8) que permite la aplicación a estos efectos de la ley rectora del divorcio. Esta regla se mantendrá con la sustitución de este instrumento por la entrada en vigor del Protocolo de La Haya, *vid.* nota núm. 57 (art. 8), y la aplicación del Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre, sobre competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de alimentos, DO (2009) L 7 (art. 15).

<sup>108</sup> Artículo 9.4 CC y Convenio de La Haya de 1961. Además, si el menor no reside en España, el juez español sólo tiene competencia si ésta es aceptada por los progenitores, uno de ellos ejerce responsabilidad y esta competencia opera en interés del menor (art. 12 RB II).

<sup>109</sup> Reformado por LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE de 30 de septiembre.

<sup>110</sup> *Vid. supra* párrafos 16 y 17.



nio de buena fe). Dos argumentos justifican esta exclusión; en primer lugar, cabe interpretar que la norma se refiere sólo a los «efectos» entre las partes, sin incluir a los terceros, pues —y aquí reside el segundo argumento— el matrimonio constituye una cuestión previa respecto de las pretensiones que éstos puedan tener (alimentos, filiación, sucesión); de forma que lo razonable es que se aplique a éstas la norma específica de conflicto.

26. Para la determinación de la ley aplicable a la separación y el divorcio, el ordenamiento español cuenta con una serie de conexiones que operan de forma subordinada y con carácter subsidiario, además de con una regla particular para los casos en los que uno de los cónyuges es español o reside en España. Así, se atenderá, en primer lugar, a la ley de la nacionalidad común al presentar de la demanda; en su defecto, a la ley de la residencia habitual común en ese mismo momento y, en su defecto, a la ley de la última residencia habitual común si uno de ellos todavía reside allí (art. 107). La regla particular prevé el recurso al Derecho español en tres supuestos: (a) si las conexiones señaladas no se dieran en el supuesto de hecho, (b) si la demanda se presenta de mutuo acuerdo o es consentida por ambas partes, y (c) si las leyes designadas resultaran contrarias al orden público o «no reconocieran la separación o el divorcio».

27. Esta regla particular ha dado mucho que hablar a la doctrina. Obviamente, si las conexiones no se dan en el supuesto de hecho no se puede, sin más, conforme al Derecho español, desestimar la demanda y, para estas situaciones —como para los casos en los que no se puede llegar a conocer el contenido del Derecho extranjero—, la jurisprudencia siempre ha recurrido a la aplicación del Derecho español como Derecho del foro. La ausencia de necesidad de norma específica puede predicarse también del supuesto en el que el Derecho extranjero es contrario al orden público, pues está generalmente aceptada la aplicación Derecho del foro y, en todo caso, podría haberse aprovechado para matizar la formulación de la regla general (art. 12 CC) incorporando el adverbio «manifestamente» —presente en la gran mayoría de los instrumentos internacionales en materia de conflicto de leyes— para no excluir sin más la aplicación del ordenamiento extranjero designado por la norma conflictual, que tiene carácter imperativo, y atender a la teoría de los efectos atenuados del orden público<sup>111</sup>. Finalmente, la aplicación del Derecho español a los casos en los que el ordenamiento extranjero no reconozca la separación o el divorcio hace que estas instituciones pasen a formar parte del contenido de nuestro orden público, sin que exista para ello un fundamento constitucional<sup>112</sup>.

Así, la regla particular se refiere, en términos reales, en primer lugar, al supuesto de las demandas de mutuo acuerdo presentadas por, al menos, un nacional o residente en nuestro país, dando de esta forma entrada a una autonomía de la vo-

<sup>111</sup> Además de este problema, la redacción del artículo 12 CC es defectuosa puesto que no indica la respuesta que el ordenamiento da a estos casos.

<sup>112</sup> La CE sólo hace una remisión a la ley para la regulación de esta cuestión.

luntad de las partes limitada a los casos de demandas de mutuo acuerdo con vinculación con España por razón de nacionalidad o residencia de uno de los cónyuges en el momento de ser presentadas. No es preciso, en todo caso, que este acuerdo se formule de modo expreso, pues basta con que la demanda se fundamente en el Derecho español. En segundo lugar, la regla particular se aplica en los supuestos en los que la separación o el divorcio no sean reconocidos por el Derecho extranjero. En ambos casos, se hace evidente la búsqueda de un resultado material concreto; la declaración de la separación o el divorcio. De esta solución, la doctrina internacional-privatista critica que se facilite la aparición de situaciones claudicantes; esto es, de separaciones o divorcios que, aunque dictados en nuestro país, son susceptibles de no obtener jamás el reconocimiento en los países de origen o nacionalidad de los cónyuges, impidiendo la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio<sup>113</sup>.

28. Cabe destacar que la más arriba mencionada PRR III se asemeja en cierto modo al patrón de la normativa española puesto que en ella se recoge la autonomía de la voluntad conflictual limitada —pero con más opciones que en el régimen del CC— y otras conexiones subordinadas subsidiarias<sup>114</sup> —que coinciden en parte con las del CC—, además de introducir el recurso al Derecho del foro si el ordenamiento extranjero no contempla —en vez de la institución del divorcio o de la separación— la «igualdad de acceso a la separación y al divorcio sobre la base de su sexo».

En primer lugar, los cónyuges pueden elegir el ordenamiento jurídico que rija su separación y/o divorcio en cualquier momento<sup>115</sup>, de modo expreso y por escrito<sup>116</sup>, entre: (a) la del lugar de su residencia habitual común<sup>117</sup> en el momento del acuerdo, (b) la de la última residencia habitual si uno todavía reside allí, (c) la de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento del acuerdo y (d) la *lex fori* (art. 3). Dados los criterios de competencia judicial establecidos en RB II<sup>118</sup>, la *lex fori* coincidirá mayoritariamente con los ordenamientos a los que remiten

<sup>113</sup> Desde esta perspectiva, se ha defendido que hubiera sido mejor buscar una respuesta normativa que partiera de la ley extranjera, corrigiéndola y modulándola con el juego que permite la excepción de orden público y el recurso a la teoría de los dos escalones.

<sup>114</sup> Como ocurre con carácter general en los instrumentos internacionales y de la UE para la determinación del Derecho aplicable; el Derecho designado será el material, con exclusión del reenvío (art. 6).

<sup>115</sup> Artículo 3.2 y 4. Con carácter general, como muy tarde cuando se presente la demanda. No obstante, si la *lex fori* lo permite, la elección puede producirse en un momento posterior.

<sup>116</sup> Artículo 3.3. Si la ley de la residencia habitual común requiere otras formalidades, éstas habrán de ser respetadas y si son residentes en distintos Estados miembros en los que se aplique el Reglamento, bastará con que satisfaga las exigencias formales del ordenamiento de uno de ellos.

<sup>117</sup> A estos efectos, el artículo 8 de la Propuesta de R.R. III establece una solución directa al problema de localización normativa que plantean los Estados con sistemas plurilegislativos. Precisa, además, que las normas del Reglamento no son obligatoriamente aplicables a los conflictos internos. Es ésta una cuestión que queda a la discreción de cada Estado miembro afectado.

<sup>118</sup> *Vid. supra* párrafo 23.



los criterios anteriores o será, en todo caso, la de algún ordenamiento que presente vínculos con el matrimonio en cuestión.

Si los cónyuges no hacen uso de esta posibilidad se establece una relación de conexiones subordinadas subsidiarias que parten de (a) la residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda, continúan con (b) la última residencia habitual común si ésta no concluyó a un año antes de la presentación de la demanda y siempre y cuando uno de los cónyuges todavía resida allí; y con (c) la nacionalidad común en ese mismo momento, para terminar con (d) la *lex fori* (art. 4).

29. Por lo demás, más allá de la exclusión del Derecho extranjero que permite la excepción de orden público (art. 7; que, sin embargo, no especifica que en este caso haya de aplicarse el Derecho del foro), también se establece que cuando la ley designada no prevea el divorcio o no garantice el idéntico acceso a la separación o al divorcio para ambos cónyuges por razón de sexo, se aplicará el Derecho del foro (art. 5). Bien puede decirse, por tanto, que el reconocimiento del divorcio y la «prohibición de discriminación por razón de sexo» se presentan como contenido del orden público común para los Estados participantes en el RR. III. La calificación de lo que sea discriminatorio por razón de sexo adquiere, por lo tanto, una importancia esencial cuya trascendencia para el ordenamiento de estos Estados radica en el hecho de que, en última instancia, sus límites serán perfilados por el TJUE, de modo que no podrá eludirse una influencia del Derecho de la UE sobre la institución del divorcio en situaciones internacionales.

Abundando en esta reflexión, cabe destacar que, más allá de la aplicación de la última regla (art. 5) cuando el Derecho designado sea el de un Estado no miembro —casos en los que más fácil imaginar la existencia de discriminación—, la lectura de la exposición de motivos (apartado 21) lleva a considerar que la excepción del orden público no podrá ser utilizada cuando el ordenamiento designado sea el de un Estado miembro —entendiendo por tal a los que participan en la cooperación reforzada (art. 1.2)— que admita el divorcio, por ejemplo, entre personas del mismo sexo y no lo haga el del foro <sup>119</sup>, en tanto esto pueda considerarse una discriminación prohibida por la CDFUE (art. 21) <sup>120</sup>. La calificación como discriminatoria de las normas o la situación generada por una reglamentación nacional, se revela de nuevo como una cuestión fundamental.

Teniendo en cuenta que, como se ha indicado, la interpretación de esta regla corresponderá al TJUE en última instancia, resulta de interés recordar tanto su jurisprudencia en materia de discriminación en general <sup>121</sup> como, especialmente, la referida al ámbito civil en el que, con motivo de la libre circulación, se han abordado las repercusiones de la reglamentación nacional de los nombres y apellidos.

<sup>119</sup> Entre los Estados que participan en la iniciativa, sólo España reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>120</sup> Vid. nota núm. 9.

<sup>121</sup> Vid. nota núm. 10, a título de ejemplo.

En estos casos, el Tribunal ha establecido que la «finalidad de la prohibición de discriminación no es borrar las distinciones... sino evitar las diferencias más profundas de trato (que estén basadas en la nacionalidad) y que operen en detrimento de un ciudadano de la Unión» —de su libertad de circulación— de forma que «al registrar (el apellido) de un ciudadano de la Unión, las autoridades de un Estado miembro no pueden denegar con carácter automático el reconocimiento (de un apellido) con el cual ha sido registrado legalmente en virtud de la normativa de otro Estado miembro, a menos que el reconocimiento entre en conflicto con razones imperativas de interés general que no admitan excepciones» <sup>122</sup>. Así, salvo que puedan justificarse estas últimas razones, no puede excluirse la aplicación de la ley de un Estado miembro si hacerlo perjudica, en principio, a un ciudadano de la UE, si bien no puede olvidarse que los extranjeros no comunitarios residentes legales también son beneficiarios de la libertad de circulación.

Además, en este terreno hay que señalar que la UE asume el contenido del CEDH y pretende su incorporación al mismo (arts. 6.2 TUE, 218.6 y 8 TFUE), lo que conllevará la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal, que no se ha pronunciado expresamente sobre la discriminación en el ejercicio del *ius connubii* <sup>123</sup>, en el ámbito del respeto de la vida privada y familiar —en el que cabría encajar las reclamaciones de discriminación que se produzcan en cuanto al acceso a la separación o al divorcio— ha reiterado recientemente que «Where a difference of treatment is based on sex or sexual orientation the margin of appreciation afforded to the State is narrow and in such situations the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in general suited for realising the aim sought but it must also be shown that it was necessary in the circumstances. Indeed, if the reasons advanced for a difference in treatment were based solely on the applicant's sexual orientation, this would amount to discrimination under the Convention» <sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Sentencia del TJCE de 24 de abril de 2008, en el asunto C-353/06, *Grunkin*, vid. especialmente apartados 69 y 94. Vid. A. LARA AGUADO, «El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil», *Diario La Ley*, n.º 7104, 30 de enero de 2009.

<sup>123</sup> El TEDH ha reconocido el derecho de un hombre y de una mujer a casarse entre sí según el artículo 12, reconduciendo a un concepto de matrimonio circunscrito a las personas de distinto sexo y destacando a estos efectos la deliberadamente distinta redacción del reconocimiento de este derecho en la CDFUE. Además, ha establecido, en primer lugar, que las limitaciones al *ius connubii* existentes en el Derecho nacional son admisibles siempre que no restrinjan o reduzcan el «contenido esencial» del derecho y, en segundo término, que el disfrute de este derecho no puede condicionarse en función del sexo biológico opuesto de los contrayentes —que consta registralmente en un sistema de Derecho interno— cuando se trata de transexuales. Vid. especialmente la decisión del Tribunal en el caso *Christine Goodwin v. United Kingdom* (solicitud núm. 28957/95), de 11 de julio de 2002, apartado 100. Para un análisis de esta cuestión, vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea*, *Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2001, pp. 146-151.

<sup>124</sup> Caso *Kozc v. Poland* (solicitud n.º 13102/02), de 2 de marzo de 2010, apartado 92.



El análisis de estos textos invita a la reflexión, siendo arriesgado en este temprano momento aventurarse a prever hasta qué punto la intervención del TJUE —y, en su caso, del TEDH—, puede llegar a incidir, al limitar el juego de la excepción de orden público nacional sobre la base de su interpretación de lo que sea discriminatorio por razón de sexo, en la aplicación de normas materiales extranjeras relativas al divorcio. Bien es cierto que, dada la situación normativa española, no parece que vaya a ser nuestro sistema jurídico el que pueda encontrarse con problemas al respecto.

30. Cuando este instrumento sea adoptado y entre en vigor en España y en los otros nueve Estados miembros que, como se ha indicado, participan en esta iniciativa de cooperación reforzada, los convenios bilaterales existentes entre ellos serán sustituidos en aquello que aborda el RR. III (art. 11). Sus disposiciones regirán en los procedimientos que se inicien o los acuerdos entre las partes que se concluyan después de su fecha de aplicación<sup>125</sup>, que se fija para un año después de la fecha de su adopción (art. 13). A partir de entonces, el régimen autóctono español dejará de ser aplicado salvo, naturalmente, en lo que concierne a los procesos de nulidad matrimonial.

#### 4.3. Reconocimiento de decisiones extranjeras

31. El RB II se aplica al reconocimiento de decisiones positivas o estimatorias de la nulidad, separación y divorcio procedentes de tribunales de Estados miembros —salvo Dinamarca— planteadas con posterioridad al 1 de marzo de 2005<sup>126</sup>, sustituyendo a los convenios que en la materia estaban vigentes entre los Estados miembros (art. 64) y sin perjuicio de la situación respecto de los Acuerdos con la Santa Sede<sup>127</sup>. Supone la pervivencia de los convenios con terceros países en lo que concierne a las decisiones procedentes de Estados no miembros —y Dinamarca—<sup>128</sup> y, en su defecto, de las normas nacionales.

32. El sistema del RB II introduce el reconocimiento automático —esto es, sin necesidad de superar un procedimiento específico al efecto— ante cualquier autoridad; si bien, para que el encargado del Registro Civil pueda, reconociendo el documento, proceder a su inscripción, la decisión tiene que ser firme (art. 21.2 y 4). También puede instarse el reconocimiento a título principal —esto es, a través del procedimiento de *exequatur*— (art. 21.3)<sup>129</sup> ante el juzgado de instancia

<sup>125</sup> Acuerdos alcanzados antes de esta fecha conforme a la ley de un estado miembro participante también serán admitidos siempre que se ajusten a las condiciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento.

<sup>126</sup> O con anterioridad siempre y cuando las reglas de competencia utilizadas por el tribunal de origen se ajusten a las reglas del Reglamento (art. 64). *Vid.* nota núm. 39.

<sup>127</sup> *Vid. supra* párrafo 21.

<sup>128</sup> Entre los convenios bilaterales firmados por España en los que se contempla el reconocimiento automático, *vid.* nota núm. 85.

<sup>129</sup> Esto sucede normalmente cuando la sentencia de divorcio viene acompañada del establecimiento de la responsabilidad parental y/o del régimen de alimentos.

sin que se requiera que la decisión sea firme aunque cabe suspender el proceso si ésta es recurrida en el Estado de origen (art. 27).

Se trate de un reconocimiento automático o a título principal, la autoridad competente deberá vigilar que la decisión extranjera cumple con una serie de condiciones del reconocimiento, sin poder por ello proceder a la revisión de fondo (art. 26) ni controlar la ley aplicada (art. 25) del asunto. Con carácter general, tampoco podrá realizarse un control de la competencia judicial del juez de origen<sup>130</sup>, con lo que la vigilancia se reduce esencialmente a evitar la contrariedad con el orden público del foro [art. 22.a)]. No cabe, sin embargo, utilizar este argumento para excluir el reconocimiento de decisiones adoptadas sobre la base de fueros contemplados en las legislaciones de los Estados miembros si éstos fueran aplicables, pero sí se hace referencia expresa al control del respeto de las garantías procesales sobre las decisiones dictadas en rebeldía, pues si no se produjo notificación regular ni/o se concedió tiempo suficiente para defenderse, cabrá rechazar el reconocimiento salvo que conste aceptación de la resolución por el afectado [art. 22.b)].

Por lo demás, en esta línea de delimitación de lo que se entiende por orden público procesal, también se rechazará el reconocimiento si existe en el foro, o en un tercer país —miembro o no de la UE—, una decisión inconciliable con la que se pretende reconocer. La del foro es, lógicamente, la preferida, aunque sea posterior [art. 22.c)]. En este sentido hay que tener en cuenta que resulta inconciliable reconocer una sentencia de separación o divorcio existiendo en el foro una sentencia de nulidad o de divorcio, pero no es inconciliable reconocer divorcio cuando en el Estado requerido existe una decisión sobre separación. En caso de que se trate de la de un tercer país —miembro o no de la UE—, la decisión susceptible de reconocimiento será aquella para la que, cumpliendo los requisitos que se exijan en el régimen que le sea aplicable, el reconocimiento se solicitó en primer lugar (art. 22.3).

33. Si las decisiones proceden de tribunales de Estados no miembros o de Dinamarca sin que exista otro convenio aplicable, en España se recurre al régimen general de reconocimiento establecido en la LEC 1881. Sin perjuicio de la imposibilidad de reconocer la decisión extranjera cuando exista un proceso pendiente en España, o una decisión ya adoptada —salvo que ésta fuera una separación y se pidiera el reconocimiento de una decisión sobre el divorcio—, cabe hacer especial mención del juego del orden público como causa de rechazo del reconocimiento pues, a pesar de que en nuestro país se exija una decisión judicial para que exista el divorcio, las decisiones *inter privatos* que tengan efectos en sus Estados de origen podrán ser reconocidas siempre que se constate la eficacia del acuerdo de disolución del matrimonio conforme a ese ordenamiento y que haya intervenido en él una autoridad con competencias en cuanto a las condiciones de la misma<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> Este control sólo puede mantenerse en el marco de las disposiciones transitorias.

<sup>131</sup> Así, no hay problemas para reconocer el divorcio cubano de mutuo acuerdo, o el divorcio administrativo o ante el encargado del Registro Civil contemplado en México; así como similares



34. El reconocimiento de las decisiones extranjeras tiene efectos constitutivos, además de probatorios<sup>132</sup>, que se producen a partir de este momento con carácter retroactivo desde la fecha en que fue adoptada. Así, sólo desde que se produce el reconocimiento se puede, por ejemplo, inscribir un segundo matrimonio posterior a fecha de sentencia y anterior al reconocimiento. En este sentido no puede perderse de vista que el reconocimiento de sentencia de nulidad de matrimonio (otra cosa sería si se tratara de una sentencia de divorcio) celebrado en forma civil no afectará a existencia de matrimonio si éste se ha celebrado también en otra forma de las admitidas por la legislación española<sup>133</sup>.

situaciones existentes en la legislación japonesa, danesa e islandesa. Sin embargo, las disoluciones matrimoniales islámicas conceden privilegios al varón que no pueden ser aceptados en nuestro ordenamiento y, sin embargo, si es la esposa quien solicita el reconocimiento, no tendría sentido aplicar la excepción de orden público porque operaría en contra de los intereses de la parte discriminada.

<sup>132</sup> El artículo 84 RRC no requiere *exequatur* para decisiones que determinan capacidad para acto inscribible, pero la práctica y la doctrina exigen el *exequatur* cuando se trata de un divorcio que afecta a la capacidad nupcial de un español o contradice la inscripción existente en registro español.

<sup>133</sup> Auto del TS de 7 de febrero de 2000.

## Nuevas consideraciones sobre el orden público constitucional como límite a la eficacia civil de las sentencias matrimoniales canónicas en la sociedad española contemporánea

Salvador Pérez Álvarez

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAICIDAD POSITIVA Y EFICACIA CIVIL DE LAS SENTENCIAS MATRIMONIALES CANÓNICAS EN ESPAÑA: 2.1. *La laicidad positiva*. 2.2. *La cooperación como posible fundamento de la eficacia civil de las sentencias matrimoniales canónicas en España*.—3. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE MATERIAL A LA EFICACIA CIVIL DE LAS SENTENCIAS MATRIMONIALES CANÓNICAS EN ESPAÑA: 3.1. *Concepto y caracteres del orden público constitucional*. 3.2. *El orden público constitucional como límite a la eficacia civil de las sentencias matrimoniales canónicas en la doctrina de Navarro-Valls*. 3.3. *Nuevas consideraciones sobre el orden público constitucional como límite a la eficacia civil de las sentencias matrimoniales canónicas*.—4. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE A LA EFICACIA CIVIL DE LAS SENTENCIAS MATRIMONIALES CANÓNICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

### 1. Introducción

Una de las temáticas que ha suscitado un gran interés en la abundante bibliografía de Navarro-Valls ha sido la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad o de disolución del matrimonio rato y no consumado<sup>1</sup>. Se trata de uno de los aspectos más relevantes del sistema matrimonial español que ha sido abordado en multitud de ocasiones desde perspectivas y metodologías bien diferenciadas,

<sup>1</sup> Vid. *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» 2 (1979), pp. 135-162; *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español*, en «Revista Española de Derecho Privado» I (1980), pp. 217-244; *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983; *La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981*, en «Revista de Derecho Privado» III (1982), pp. 665-684; *El matrimonio concordatario ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes*, en «ADEE» IV (1988), pp. 241-263; *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995; *Matrimonio religioso, familia y libertad religiosa*, en «ADEE» XII (1996), pp. 361-397; *El reconocimiento del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado*, en AA.VV., «Matrimonio. El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio», EUNSA, Pamplona, 2000, pp. 1489-1498; *Matrimonio religioso*, en AA.VV., «Derecho eclesiástico del Estado español», 4.ª ed., EUNSA, Pamplona, 2001, pp. 351-376; M. LÓPEZ ALARCÓN, y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 466-481.